

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

JORGE LOPEZ SANTA MARIA

*Profesor de Derecho Civil, Universidad Adolfo Ibáñez
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Chile
Ex Profesor Titular, Universidad Católica de Valparaíso
Doctor en Derecho por la Universidad de París. Abogado*

LOS CONTRATOS

PARTE GENERAL

TOMO I

Segunda edición actualizada

© JORGE LOPEZ SANTA MARIA

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Av. Ricardo Lyon 946, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 103.611, año 1998
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta segunda edición
de 1.000 ejemplares en el mes de abril de 1998

IMPRESORES: Impresos Universitaria S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN: 956-10-1217-0

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

tidos y contratos por adhesión; contratos preparatorios y definitivos.

Por otra parte existen numerosas y heterogéneas categorías contractuales, que no corresponden necesariamente a clasificaciones (caracterizadas éstas por dicotomías, bifurcaciones, oposiciones). El análisis de las principales categorías contractuales se efectuará en el tercer capítulo de esta Segunda Parte, distinguiendo: el contrato dirigido; el contrato forzoso o impuesto; el contrato tipo; el contrato ley; el subcontrato; el autocontrato; el contrato por persona a nombrar, y el contrato por cuenta de quien corresponda.

La formulación de clasificaciones y de categorías contractuales responde al deseo de sistematizar la realidad, agrupando los fenómenos empíricos según criterios de uniformidad, todo lo cual es natural en cualquier actividad científica, lo mismo que en las disciplinas que, sin aspirar a un rango propiamente científico, presuponen en sus cultores una cierta metodología y el trabajo riguroso.

El interés de reunir las figuras de la práctica, en clasificaciones y categorías contractuales, reside en la posibilidad de aplicar exigencias, principios o reglas particulares a cada grupo, con exclusión de los restantes. Así, por ejemplo, las instituciones denominadas condición resolutoria tácita y excepción de contrato no cumplido son características de los contratos bilaterales, sin que, por lo tanto, operen respecto de los contratos unilaterales.

Pero un mismo contrato determinado puede ubicarse en distintas clasificaciones, ya que éstas no son excluyentes. Así, por ejemplo, tomando los grupos contractuales de los artículos 1439 a 1443 del Código Civil, el contrato de arrendamiento o locación simultáneamente es bilateral, oneroso, conmutativo, principal y consensual.

CLASIFICACIONES DE LOS CONTRATOS FORMULADAS POR EL CODIGO CIVIL CHILENO

18. CONTRATOS UNILATERALES Y BILATERALES

Según el artículo 1439, "*el contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente*". De manera que los contratos reciben la denominación de unilaterales o bilaterales según que impongan obligación(es) a una sola de las partes o a ambas partes. Lo que no debe confundirse con la principal clasificación de los actos jurídicos, según la cual éstos son unilaterales o bilaterales en atención al número de manifestaciones de voluntad que concurren a la formación del acto: si basta la voluntad de una persona, el acto jurídico es unilateral (v. gr., el testamento, la renuncia de la prescripción, la renuncia de los gananciales, el abandono de sus bienes que hace el cónyuge sobreviviente para llevar porción conyugal íntegra); si por lo menos dos voluntades opuestas son necesarias, el acto jurídico es bilateral, también denominado convención por la doctrina nacional (v. gr., cualquier contrato, la novación, el pago, la tradición).

En otras palabras, todo contrato, desde el momento que es un acuerdo de voluntades, constituye un acto jurídico bilateral; pero desde otro punto de vista (no ya el de las voluntades necesarias, sino que el de las obligaciones resultantes) el contrato puede ser unilateral o bilateral. Al contrato bilateral también se le llama contrato sinalagmático.¹¹³

¹¹³ Al parecer para evitar confusiones, por el doble empleo de la misma

En el contrato unilateral, no obstante requerirse del consentimiento o voluntad de ambas partes, una sola de ellas resulta obligada. Esa parte asume el rol de deudora, y la otra, el de acreedora. Ejemplos de esta figura son el depósito, el comodato, el mutuo y la prenda (contratos que al mismo tiempo son contratos reales); también la donación sin cargas y la fianza.

En el contrato bilateral o sinalagmático, ambas partes resultan recíprocamente obligadas. El contrato genera obligaciones contrapuestas, de tal modo que cada parte es deudora y acreedora de la otra. Ejemplos: la compraventa, el arrendamiento, el mandato.

En el contrato propiamente bilateral o *sinalagmático perfecto*, todas las obligaciones surgen en el mismo instante, a saber: en el del perfeccionamiento del contrato por la formación del consentimiento (o en el del cumplimiento de las solemnidades *ad solemnitatem*, si éstas son exigidas por el legislador). Dichas obligaciones no se limitan a yuxtaponerse una(s) a la otra(s), sino que son *interdependientes*. Esta peculiaridad reviste enorme importancia, sirviendo de fundamento a los llamados efectos particulares de los contratos bilaterales: los sucesos que afectan las obligaciones de una de las partes repercuten, lógicamente, sobre el destino de las obligaciones correlativas de la otra. La interdependencia de las obligaciones, por lo tanto, no se agota en la génesis del contrato; por el contrario, opera durante la fase de cumplimiento hasta la total extinción del contrato.

Son, justamente, los efectos particulares de los contratos bilaterales los que confieren trascendencia a esta clasificación. Entre ellos deben destacarse, sin perjuicio del análisis ulterior que se hará de cada uno, *la excepción de contrato no cumplido*, cuya base legal se halla en el artículo 1552 del Código Civil, en virtud del cual el demandado puede negarse a cumplir la prestación que le corresponde, mientras el demandante no cumpla

terminología ("unilateral" y "bilateral" aplicados, por un lado, a los actos jurídicos en general y, por el otro, a los contratos en particular), el Código Civil italiano de 1942 evita hablar de contratos uni y bilaterales, clasificándolos, en cambio, como contratos con prestación a cargo de una de las partes y contratos con prestaciones recíprocas.

o no dé principio a la ejecución de la obligación que, a su turno, el contrato ha puesto a su cargo; *la resolución por inejecución*, que, sobre la base de la condición resolutoria tácita establecida por el artículo 1489, permite al acreedor solicitar la resolución del contrato con indemnización de los perjuicios, si el deudor se encuentra en mora de cumplir; *la teoría de los riesgos*, respecto a la cual los textos fundamentales son los artículos 1550 y 1820, que determinan la suerte que corre la obligación de uno de los contratantes cuando la obligación correlativa de la contraparte se extingue por imposibilidad de ejecución, en razón de un caso fortuito o fuerza mayor.¹¹⁴

Deben, además, mencionarse entre los efectos particulares de los contratos bilaterales: *la cesión del contrato* o transferencia entre vivos que uno de los contratantes hace a un tercero del conjunto de sus créditos y débitos derivados de un contrato determinado; y *la revisión y la resolución por excesiva onerosidad sobrevvenida*, remedios judiciales al problema que corrientemente se designa bajo el nombre de teoría de la imprevisión. Esta teoría, aunque genuinamente debería identificarse como una vicisitud de los contratos onerosos, de ordinario opera respecto de los contratos onerosos bilaterales.¹¹⁵

19. CONTRATOS SINALAGMATICOS IMPERFECTOS.

Se ha denominado contratos sinalagmáticos imperfectos a aquellos que nacen como contratos unilaterales; o sea, poniendo obligaciones a cargo de una sola de las partes, pero a propósito de las cuales ulteriormente emerge obligación para la parte que originalmente estaba dispensada. Así ocurre, por ejemplo, en el depósito y en el comodato, que siendo al momento de su

¹¹⁴ En la quinta parte de este libro, N^{os} 90 y s., se tratará sobre los efectos particulares de los contratos bilaterales.

¹¹⁵ En el Derecho comparado, el contrato bilateral suele implicar una exigencia formal *ad probationem*: la extensión de tantos ejemplares de la convención cuantas sean las partes con intereses distintos. Tal es el caso de los artículos 1021 y s., del Código Civil argentino. *Sobre la cesión de contrato*, *infra* N^o 36. *Sobre la revisión y resolución*, *infra* N^{os} 48 y 49.

nacimiento unilaterales, pues sólo resulta obligado el depositario o el comodatario, quien debe restituir o devolver la cosa recibida, pueden *a posteriori* dar lugar a una obligación para el depositante o para el comodante, obligación que consistirá en reembolsar a la contraparte los gastos de conservación de la cosa en que pudiere haber incurrido, o en indemnizarle los perjuicios que la mala calidad del objeto le hubiera irrogado (arts. 2235, 2191 y 2192. En cuanto al contrato de mutuo, artículo 2203, todos del Código Civil).

La terminología "sinalagmático o bilateral imperfecto" nos parece inconveniente para referirse a estos contratos. Tal expresión da la idea de que estaríamos, al fin de cuentas, frente a contratos bilaterales, lo que es inexacto. En efecto, es en el momento de su nacimiento o formación cuando un contrato pasa a revestir el carácter de unilateral o bilateral. Tratándose del contrato unilateral, éste no pierde tal calificativo si por eventos sobrevinientes llega a quedar obligada la parte que inicialmente no lo estaba. *La nueva obligación no deriva del contrato, sino que de la ley*, siendo independiente (y no interdependiente como acontece en el contrato bilateral) de la otra obligación. De consiguiente, el contrato sinalagmático imperfecto es un contrato unilateral, en el que en principio no tienen lugar los efectos particulares de los contratos bilaterales señalados en el número precedente. Se ha pretendido, invocando el buen sentido, que al menos sería aplicable por analogía la excepción de contrato no cumplido al contrato sinalagmático imperfecto. Lo que no es convincente, máxime si se considera que para garantizar el cumplimiento de las obligaciones sobrevinidas, el Código Civil ha concedido al acreedor un instrumento muy eficaz: el derecho legal de retención (artículos 2193 y 2234), que, aunque parecido a la *exceptio non adimpleti contractus*, específicamente configura una regla o institución autónoma. Factible sería, sin embargo, aplicar la teoría de los riesgos o la cesión de contrato a una figura sinalagmática imperfecta.

20. CONTRATOS PLURILATERALES O ASOCIATIVOS

Aunque no estemos aquí en presencia de una clasificación de los contratos formulada por el Código Civil chileno, éste parece el lugar más adecuado para referirnos al contrato plurilateral, sobre todo en razón de que es posible asimilarlo al contrato bilateral.

Denomínanse contratos plurilaterales, asociativos o de organización, aquellos que provienen de la manifestación de voluntad de más de dos partes, todas las cuales resultan obligadas en vistas de un objetivo común. Este concepto se ha colegido del artículo 1420 del Código Civil italiano: son plurilaterales los contratos con más de dos partes, en los que las prestaciones de cada una de ellas van dirigidas a la consecución de un fin común.

La multiplicidad subjetiva es respecto al contrato plurilateral específico de que se trate —por ejemplo, el contrato de sociedad, sobre el cual se razona habitualmente cuando se toca este tema— un elemento *accidental*, ya que el contrato se concibe, sin problemas, vinculando exclusivamente a dos partes que se obligan; es decir, como contrato bilateral. Dicho de otra manera, no habría diferencia cualitativa, sino que meramente cuantitativa, entre contrato bilateral y contrato plurilateral, por lo que, en definitiva, sin perjuicio de ciertos rasgos distintivos, el contrato plurilateral sería una especie de contrato bilateral. Este parecería ser el esquema más conveniente en nuestro país, desde un punto de vista estrictamente dogmático, para el análisis de la sociedad, considerada por la legislación como un contrato (artículos 2053 del Código Civil y 349 del Código de Comercio).

En cuanto a los rasgos distintivos, siguiendo en parte a Tullio Ascarelli,¹¹⁶ se indican a continuación algunas diferencias doctrinarias entre contratos bilaterales y plurilaterales:

a) En los primeros surgen obligaciones correlativas para las partes; en los segundos, cada parte adquiere derechos y obligaciones respecto a todos los demás.

¹¹⁶ Mencionado por Mosset Iturraspe, en *ob. cit.* en nota 2, págs. 60 y 61.

b) En los bilaterales, los vicios del consentimiento acarrearán la nulidad del acto jurídico; en los plurilaterales, el error, la fuerza o el dolo que sufre un contratante se traduce en la ineficacia de su concurso al acto jurídico, pero el contrato mantiene validez en la medida que las otras partes puedan lograr la finalidad en vista de la cual se ha contratado. En general, conforme a la legislación italiana (artículos 1420, 1446, 1459 y 1466 del Código Civil), las causales de nulidad absoluta, de nulidad relativa o anulabilidad, de resolución o de imposibilidad de ejecución que generan la invalidez o ineficacia de los contratos bilaterales, en principio sólo acarrearían, en materia de contratos plurilaterales, la desvinculación al acto de aquella parte en la cual incidan las respectivas vicisitudes, subsistiendo el contrato entre las partes restantes.

c) Los bilaterales están limitados a las partes originarias; los plurilaterales admiten el ingreso de nuevas partes o el retiro de las iniciales.

d) Los bilaterales pueden extinguirse tan pronto nacen, por el cumplimiento de las prestaciones, o ser de ejecución diferida a una fecha relativamente vecina a la de su celebración; los plurilaterales generan, en cambio, una situación económica y jurídica estable, destinada a perdurar durante mucho tiempo. Esto mismo exige especial preocupación por la administración, disolución y liquidación de los contratos asociativos.

Hasta la fecha, la ley chilena no se ha referido al grupo de los contratos plurilaterales y la doctrina nacional ha soslayado, casi por completo, la figura en examen. Ante tales antecedentes, no es fácil adoptar una posición clara sobre el particular. En defecto de un mayor análisis, dejaremos al menos señalada la tesis de Francisco Messineo que pasamos a sintetizar.

Messineo, repudiando los nuevos textos del Código Civil de su país, rechaza el carácter contractual del negocio jurídico plurilateral en general, y de la sociedad, en particular. Según él, el negocio jurídico plurilateral es parte de la categoría denominada "acto colectivo", en el cual las voluntades corren de modo paralelo, son de idéntico contenido y, usando una metáfora, deben sumarse, puesto que tienden a satisfacer intereses coincidentes. Lejos de tal homogeneidad, el contrato, en cambio, se

caracteriza por su heterogeneidad: las voluntades, destinadas a satisfacer intereses contrapuestos o, al menos, no coincidentes, se cruzan produciendo efectos distintos para cada parte. Agrega el maestro italiano, ejemplificando con la sociedad, que como en esta figura todas las partes se obligan a realizar aportes con un fin común, cual es el de repartirse las utilidades (o las pérdidas) que deriven, las voluntades concurrentes tienen cualitativamente idéntico contenido, por lo que no puede calificársela como un contrato, del momento que éste se caracteriza por la disparidad del contenido de las voluntades: cada parte quiere en el contrato algo diverso de lo que quiere la otra. Desde el punto de vista funcional, Messineo opina que el contrato está destinado a la composición o armonización de intereses particulares, inicialmente no coincidentes; el contrato es el instrumento que permite la combinación de tales intereses, de manera que cada cual pueda encontrar su satisfacción. Nada de esto ocurre en los negocios asociativos.¹¹⁷⁻¹¹⁸

21. CONTRATOS GRATUITOS Y ONEROSOS

En conformidad al artículo 1440 del Código Civil chileno, "el contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro".

Lo que permite clasificar a los contratos en gratuitos y onerosos es un criterio económico. Esta sencilla afirmación, con

¹¹⁷ Messineo, *Doctrina general del contrato*, traducción al castellano, Buenos Aires, 1948, tomo I, págs. 34, 64, 76 y 77.

¹¹⁸ En sentido diverso, el autor chileno Julio Olavarría, en su *Manual de Derecho Comercial*, tomo 2, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 1956, N° 174, expresa que las partes que forman el contrato plurilateral o de organización "están animadas por intereses contrapuestos, como ocurre con los socios que deben llegar a un acuerdo para definir su posición recíproca dentro de la sociedad, pues cada socio no se encuentra frente a otro socio, sino frente a todos los demás, pero al mismo tiempo están animadas por una finalidad común, que permite la conjunción de sus voluntades".

no poca frecuencia ha sido olvidada por los autores, quienes han generado malentendidos, en especial al superponer la clasificación del artículo 1440 con la del artículo anterior, que distingue entre contratos unilaterales y bilaterales. De lo cual ha derivado *el error* consistente en asimilar el contrato gratuito a unilateral, y el contrato oneroso al bilateral.¹¹⁹

El criterio para discernir si un contrato es unilateral o bilateral es eminentemente técnico-jurídico: si una o ambas partes resultan obligadas en el instante del nacimiento del contrato. En cambio, la calificación de un contrato como gratuito u oneroso no depende de una consideración de la dogmática del Derecho Civil, sino que exclusivamente de la particularidad económica de que el contrato resulte útil o provechoso para uno solo de los contratantes o para ambos. El profesor Pablo Rodríguez Grez ha aceptado este planteamiento, en uno de sus recientes libros.¹²⁰⁻¹²¹ Dichos criterios clasificatorios son, por cierto, hartamente diferentes.

Aunque habitualmente los contratos revistan a la vez los caracteres de gratuito y de unilateral, o los caracteres de oneroso y de bilateral, no es difícil encontrar hipótesis concretas de contratos unilaterales-onerosos y de contratos bilaterales-gratuitos.

¹¹⁹ En Chile, don Ramón Meza Barros equivocadamente afirma que *los contratos bilaterales son siempre onerosos* ("Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de la Obligaciones, tomo 1, N° 9, 3ª ed., Edit. Jurídica de Chile, 1960). En igual sentido, entre otros, René Abeliuk (*Las Obligaciones*, N° 62, Edit. López-Viancos, 1971) y Rafael Mery (*Derecho Hipotecario*, N° 63, Edit. Jurídica de Chile, 1958). Este último sostiene, citando a Messineo y a Beaudant, que cuando el contrato es con prestaciones recíprocas es también necesariamente oneroso. Don Manuel Somarriva dice que "no se concibe que un contrato sea bilateral y gratuito a la vez" (*Tratado de las Caucciones*, N° 371, Edit. Nascimento, 1943).

¹²⁰ *La Obligación como Deber de Conducta Típica*, Santiago de Chile, 1992, pág. 115.

¹²¹ Sería preferible que el artículo 1440 del Código Civil se limitara a señalar que el contrato es gratuito u oneroso exclusivamente en función de la *utilidad*, sin mencionar el factor *gravamen* de una o de ambas partes. A veces hay utilidad para ambos contratantes y sin embargo el gravamen es para sólo uno de ellos. Tal es el caso de la hipoteca, contrato en que hay utilidad clarísima para el acreedor hipotecario, pero también la hay para el constituyente, quien logra, por ejemplo, el crédito de dinero que precisa gracias a que hipoteca un bien raíz. Empero, exclusivamente el último sufre un gravamen.

En el ámbito de los contratos *unilaterales-onerosos* puede indicarse, como un primer ejemplo, el préstamo de dinero. Por naturaleza este contrato tiene tal fisonomía, pues si bien sólo el prestatario resulta obligado, es provechoso para ambas partes, ya que el mutuario debe restituir el capital al prestamista, más los intereses corrientes o convencionales. Así resulta de la Ley N° 18.010, publicada en el Diario Oficial del 27 de junio de 1981; en especial de su artículo 12, según el cual la gratuidad no se presume en las operaciones de crédito de dinero. Salvo que se estipule el carácter gratuito del mutuo, o que se devengarán los intereses convencionales que las partes especifiquen dentro de los límites tolerados por la ley, el mutuario debe devolver la suma de dinero que él recibiera con más los intereses corrientes.

También son unilaterales-onerosos el contrato de depósito cuando se faculta al depositario para usar la cosa en su provecho (artículos 2220 y 2222 N° 2 del Código Civil) y el contrato de comodato celebrado en pro de ambas partes (artículo 2179 del mismo Código). Don Ramón Meza Barros proporciona a sus lectores una graciosa hipótesis de comodato en provecho de ambas partes, al referirse al préstamo de un perro de caza con obligación del comodatario de amaestrarlo.¹²²

Las cauciones otorgadas por terceros a fin de garantizar obligaciones ajenas suministran nuevas posibilidades de inventariar casos de contratos unilaterales-onerosos. Si el tercero se obliga con el acreedor de la obligación principal en virtud de una prestación (generalmente una remuneración) realizada o prometida en su favor por el deudor principal, el contrato accesorio de hipoteca, prenda o fianza tendrá carácter oneroso, pues tiene por objeto la utilidad de ambas partes, es decir, redundará en provecho tanto del acreedor de la obligación principal, cuanto del garante. Sin embargo, tal hipoteca, prenda o fianza es contrato unilateral, ya que la obligación de retribuir o de efectuar otra prestación por el deudor principal en beneficio del fiador o del constituyente de la prenda o de la hipoteca,

¹²² *Ob. cit.* en nota 119, tomo 2, N° 614 *in fine*.

es una obligación ajena al contrato de garantía; totalmente independiente de los efectos de este último.¹²³

Otro ejemplo, más problemático, lo ofrece el contrato de corretaje o de mediación. Calificado como una especie de mandato por el artículo 234, inciso final del Código de Comercio, profesores de Derecho Mercantil le niegan tal carácter.¹²⁴ Los artículos 76 y 106 del mismo Código de Comercio tampoco se compadecen con la presentación del corredor intermediario como un mandatario de los interesados. Es incierto, por otro lado, el carácter del corretaje como contrato preparatorio¹²⁵ o como contrato definitivo.

En lo que aquí interesa es evidente que la correduría es un contrato oneroso, pues desde un punto de vista económico tiene por objeto tanto la utilidad del cliente, cuanto la del corredor intermediario, quien recibirá el honorario prometido si en virtud de sus servicios se llega a celebrar el contrato proyectado. Aunque algunos, como es el caso del profesor Fuego Laneri,¹²⁶ se pronuncian por el carácter bilateral del corretaje, parecería más acertado rotular este contrato como unilateral, ya que el único que resulta técnicamente obligado es el cliente o comitente, quien deberá pagar la retribución estipulada o usual al corredor, si se concluye la operación deseada. Es cierto que el corredor ofrece desplegar su actividad, pero queda a su arbitrio actuar o abstenerse de hacerlo, siendo inconcebible demandar una indemnización de perjuicios a un corredor, fun-

¹²³ Incluso cuando se celebran los contratos de prenda o de hipoteca entre las mismas personas vinculadas por la obligación principal, dichos contratos unilaterales habitualmente son, además, onerosos. Cfr., en este sentido, Manuel Somarriva Undurraga, *ob. cit.* en nota 119, N^{os} 216, 217, 369 y 371. El artículo 2468 N^o 1 del Código Civil asimila la prenda y la hipoteca a los contratos onerosos. También los artículos 2394, en relación al 1547-1, demuestran que el contrato unilateral de prenda civil es un contrato oneroso.

¹²⁴ Cfr. Raúl Varela (*Derecho Comercial*, tomo I, Edit. Universitaria, 1956, pág. 87) y Julio Olavarría (*El Mandato Comercial*, Memoria de Prueba, Talleres Gráficos Gutenberg, 1936, págs. 251 y s.). Este último autor entiende que el contrato de correduría es un arrendamiento de servicios.

¹²⁵ Para Fernando Fuego es contrato preparatorio. Cfr. *Derecho Civil*, tomo 5, vol. II, 1-2, 1964, N^{os} 230 y s.

¹²⁶ *Ob. cit.* en nota anterior, N^o 240.

dada en que él permaneció inactivo, sin haberse esmerado en la búsqueda del cocontratante que hace falta al cliente.¹²⁷

Dos casos de contratos *bilaterales-gratuitos* son el mandato no remunerado y la donación con cargas!

Si bien en nuestro país el mandato civil es por naturaleza remunerado,¹²⁸ en la práctica muchas veces tiene carácter gratuito. Lo que es fácil explicar empíricamente, pues, siendo un contrato de confianza, lo normal es que el mandatario civil sea un familiar o un amigo íntimo del poderdante. Cuando no se remunera al mandatario, el contrato es gratuito y sólo cede en beneficio del mandante. Sin embargo, incluso en este caso, el contrato es bilateral, ya que siempre impone al mandatario la obligación de hacerse cargo de los negocios cuya gestión le encomienda el mandante y a éste la obligación de proporcionar a la contraparte lo necesario para que ejecute su cometido. Todo ello sin perjuicio de otras obligaciones no esenciales que puedan incumbir a una o a ambas partes.

La donación irrevocable o entre vivos, en la que se impone al donatario una carga o modo en beneficio de un tercero, es un contrato bilateral, pues genera obligaciones para el donante y para el donatario, y al mismo tiempo es un contrato gratuito, ya que no engendra utilidad económica al donante sino que exclusivamente a la parte donataria y al tercero beneficiario del modo.

Al margen de los dos casos específicos recién señalados, la figura genérica de la estipulación en favor de un tercero, cuya base legal se halla en el artículo 1449 del Código Civil, es susceptible, a través de sus aplicaciones concretas, de desembocar en otras hipótesis de contratos en que ambas partes, el estipulante y el prometiende, resultan obligadas, sin que el estipulante reciba provecho económico alguno. En efecto, a

¹²⁷ Julio Olavarría Avila define acertadamente la mediación como "el contrato unilateral a virtud del cual una parte promete a la otra el pago de una comisión, participación u honorario para el caso de que ésta consiga hacerle celebrar un determinado negocio con un tercero" (*ob. cit.* en nota 118, tomo I, N^o 118).

¹²⁸ En conformidad al artículo 1986 del Código de Napoleón, en Francia el mandato civil por naturaleza es gratuito. Etimológicamente la voz mandato deriva de *manus* y de *dare*: dar la mano.

la luz de la doctrina de la creación directa del derecho, que hoy predomina en las explicaciones sobre la naturaleza jurídica de la estipulación por otro, el provecho o utilidad será en principio para el prometiente y para el beneficiario. Este último es tercero absoluto o *penitus extranei* en el contrato entre estipulante y prometiente. De modo que el estipulante puede estar obligado a cumplir una prestación a favor de su cocontratante (el prometiente) y sin embargo no recibir provecho de la operación.¹²⁹

La clasificación de los contratos en gratuitos y onerosos tiene trascendencia jurídica desde numerosos puntos de vista, entre los cuales se pueden destacar:

1. En el silencio de las partes, la norma sobre prestación de la culpa formulada en el artículo 1547-1 del Código Civil, reiterada después por el legislador a propósito de varios contratos nominados, conduce a que el deudor responda de la culpa leve tratándose de contratos onerosos. En cambio, en los contratos gratuitos, el deudor es responsable hasta de la culpa levísima (si sólo él reporta utilidad, como acontece, por ejemplo, por regla general con el comodatario), o bien el deudor es únicamente responsable de culpa grave (si quien recibe la utilidad o provecho es la contraparte, lo que ocurre, por ejemplo, por regla general con el depositario).

2. La obligación de garantía es característica de los contratos onerosos, imponiendo la necesidad de sanear la evicción. Reglamentada por el Código Civil chileno a propósito de unos pocos contratos, como la compraventa (1838 y s.), el arrendamiento (1928 y s.) y la sociedad (2085), la obligación de saneamiento de la evicción en el Derecho Comparado aparece como cosa de la naturaleza de todos los contratos onerosos. Incluso en algunos países se establece que tanto el saneamiento por evicción, cuanto el saneamiento por vicios redhibitorios, se aplican a los contratos onerosos en general. Es el caso de los Códigos

¹²⁹ Sobre estipulación por otro, *infra* N° 55.

Civiles peruano y argentino.¹³⁰ Así, al parecer, lo ha también entendido nuestra Corte Suprema.¹³¹

3. A diferencia de los onerosos, los contratos gratuitos normalmente se celebran en consideración a las personas intervinientes. Por eso los contratos gratuitos son *intuitu personae*, de lo cual resulta que el error en la identidad de la persona vicia el consentimiento, siendo rescindible el acto jurídico (arts. 1455 y 1682-3 del Código Civil). Sólo excepcionalmente los contratos onerosos son *intuitu personae*: (v. gr., la transacción, artículo 2456 del Código Civil). → discutible la generalización

4. Los contratos gratuitos imponen deberes de reconocimiento a quienes reciben los beneficios. Desde el punto de vista del Derecho positivo chileno, en alguna medida ello se aprecia en materia de donaciones entre vivos, las cuales son revocables por ingratitud del donatario (artículos 1428 y siguientes del Código Civil). Además, el donatario es obligado a proporcionar alimentos congruos al donante que le hizo una donación cuantiosa (artículos 321 N° 9 y 324). También el donante goza del beneficio de competencia, si el donatario le demanda el cumplimiento de la gratuidad (artículos 1417 y 1626 N° 5).

5. La acción pauliana permite a los acreedores solicitar la revocación de los actos fraudulentos concluidos con terceros por el deudor que ha caído en insolvencia. Los presupuestos de admisibilidad de la acción pauliana son menos estrictos cuando el acreedor demandante pretende dejar sin efecto un con-

¹³⁰ El Código peruano, del año 1936, reglamentaba la materia en sus artículos 1351 al 1382. El artículo 1370 disponía: *Aunque no se hubiese estipulado la evicción y el saneamiento, el enajenante está sujeto a ellos en todos los contratos onerosos en que se transfiere la propiedad, la posesión o el uso de las cosas.* El artículo 1484 del nuevo Código Civil, de 1984, es menos preciso. Por su parte, el Código argentino, de 1869, señala: *El que por título oneroso transmitió derechos, o dividió bienes con otros, responde por la evicción...* Agregando más adelante: *Son vicios redhibitorios los defectos ocultos de la cosa, cuyo dominio, uso o goce se transmitió por título oneroso...* (artículos 2089 y 2164).

¹³¹ Sentencia del 6 de noviembre de 1986, en *Fallos del Mes*, N° 336, pág. 765, la que admite la procedencia que el donatario cite de evicción al donante, pues la donación tenía causa onerosa. El fallo soslaya el art. 1423-1 del C. Civil, que conduce a otra conclusión.

trato gratuito celebrado por el deudor demandado: basta probar la mala fe del deudor. Tratándose de demandas revocatorias de contratos onerosos, el actor precisa probar la mala fe del deudor y del tercero adquirente (artículo 2468 del Código Civil).¹⁸²

6. Si el arrendador transfiere la cosa arrendada, el adquirente a título gratuito está obligado a respetar el contrato de arrendamiento. Por el contrario, quien adquiere en virtud de un título oneroso no queda obligado a respetar el arrendamiento preexistente, salvo que el contrato de locación se hubiera celebrado mediante escritura pública (artículo 1962 del Código Civil).

7. Tratándose del cuasicontrato de pago de lo no debido de una especie o cuerpo cierto, si la cosa hubiera pasado a poder de un tercero, el *solvens* que pagó indebidamente podrá reivindicarla de dicho tercero, si éste entró en posesión de ella en virtud de un título gratuito. En cambio, si el tercero, de buena fe, hubo la cosa en virtud de un título oneroso, el *solvens* no podrá reivindicarla (artículo 2303 del Código Civil). *idem pauliana*

8. En relación con el Derecho Sucesorio, el legislador patrio ha adoptado diversas medidas restrictivas respecto a las donaciones (paradigma el contrato gratuito) que podría celebrar una persona en perjuicio de sus futuros asignatarios forzosos o de la relativa igualdad que a ellos corresponde. Tales son los

¹⁸² El diferente tratamiento de los contratos gratuitos y onerosos también se produce en materia de acciones revocatorias concursales. En caso de quiebra del deudor, son inoponibles a la masa de sus acreedores los contratos gratuitos celebrados o ejecutados por el fallido desde los diez días anteriores a la fecha de la cesación de pagos y hasta el día de la declaración de quiebra. De modo que los actos jurídicos gratuitos que hubiese celebrado el fallido durante dicho lapso, denominado período sospechoso, son ineficaces, sin que sea necesario producir la prueba de la mala fe de nadie. En cambio, respecto a los contratos onerosos que hubiera celebrado o cumplido el deudor fallido antes de la declaración de su quiebra, se aplica la regla general de la acción pauliana, siendo por lo tanto indispensable que el actor produzca la difícil prueba de la mala fe, al menos del adquirente, a fin de conseguir que tales contratos sean revocados (artículos 74 y 75 de la Ley N° 18.175, publicada en el Diario Oficial del 28 de octubre de 1982).

casos, por ejemplo, de la insinuación de las donaciones irrevocables o necesidad de obtener autorización judicial, en calidad de formalidad *ad solemnitatem*, para que la donación sea válida (artículos 1401 del Código Civil, y 889 y 890 del Código de Procedimiento Civil); y de la formación de los acervos imaginarios, unida a la acción de inoficiosa donación (artículos 1185 al 1187 del Código Civil).

22. CONTRATOS CONMUTATIVOS Y ALEATORIOS.

Los contratos onerosos se subclasifican en conmutativos y en aleatorios. Sobre el particular, el artículo 1441 del Código civil expresa: "el contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio".

No obstante que nuestro artículo 1441 tenga estrecha semejanza con el artículo 1104 del Código Civil francés, se trata de una norma muy mediocre, que debería corregirse en una próxima reforma del Código de Bello. Los principales defectos del artículo 1441 son:

1. Adoptar como elemento determinante del concepto de contrato conmutativo la *equivalencia de las prestaciones recíprocas*. Esta base es doblemente falsa. Primero, en razón de que el predicho artículo supone que el contrato oneroso es siempre bilateral, en circunstancia de que en no pocos casos el contrato oneroso (del cual una especie es el conmutativo) es precisamente unilateral, como se analizó en el precedente N° 21. Segundo, en razón de que *equivalencia* significa igualdad de dos o más cosas y en el contrato oneroso las utilidades o provechos que recibe cada una de las partes no son iguales. Todo contrato oneroso, sea conmutativo o aleatorio, implica algún albur, riesgo o incertidumbre, lo cual conduce, en definitiva, a cierto grado de desigualdad entre la ventaja económica que se otorga a la contraparte y la ventaja económica que se recibe de ella. *→ infundada al ser un concepto subjetivo de equivalencia*
2. El Derecho positivo chileno tolera en los contratos onerosos la aludida desigualdad de las utilidades que reciben las partes.

Sólo en escasas hipótesis, cuando al momento de la formación del contrato se rompe *violentamente* el equilibrio entre el provecho económico que reporta cada uno de los contratantes, el legislador ha reaccionado mediante la institución de la lesión enorme, la cual puede conducir a la rescisión del contrato conmutativo o a la reducción de la prestación excesiva.

2. Sugerir que exclusivamente podrían tener carácter conmutativo los contratos onerosos que engendran obligaciones de dar y/o de hacer. No hay, empero, motivo alguno para excluir de la categoría del contrato conmutativo a convenciones innominadas o atípicas que creen obligaciones consistentes en no hacer. Dicho de otra manera, respecto a todo contrato oneroso, cualquiera sea la naturaleza de la(s) obligación(es) generada(s), es dable la subclasificación en conmutativo o aleatorio.

3. Incurrir en una ambigüedad, por no decir en un chiste, cuando en su parte final señala, el artículo 1441 del Código Civil, que en el contrato aleatorio existe equivalencia, la cual consistiría en una *incertidumbre*.

En verdad, lo que fundamentalmente distingue a los contratos conmutativos de los aleatorios es que sólo en los primeros pueden las partes, durante los tratos preliminares y al momento de la conclusión del contrato, apreciar, estimar o valorar los resultados económicos que el mismo les acarreará: *Únicamente en los contratos conmutativos las partes están en situación de pronosticar si la convención les resultará beneficiosa, en cuánto y por qué*. Es evidente que tal cálculo *a priori* habrá de ser contrastado *a posteriori*, luego del cumplimiento de las obligaciones y del agotamiento o extinción del iter contractual. Al cotejar el pronóstico con los resultados concretos alcanzados, aquél resultará corroborado, desmentido o rectificado. Es así que las conjeturas optimistas pueden derrumbarse cuando se las confronta con los beneficios efectivamente obtenidos, resultando la convención un mal negocio. Ello no priva al contrato oneroso de su carácter conmutativo.

En los contratos aleatorios, por el contrario, ningún cálculo racional es factible respecto a las consecuencias económicas, que la operación producirá. El destino del contrato aleatorio

queda supeditado al azar, a la suerte, a la total incertidumbre. Al momento en que nace o se forma el contrato aleatorio, es imposible prever, con alguna rigurosidad intelectual, los resultados prácticos en que él se traducirá.

No debe confundirse el contrato aleatorio con el contrato generador de obligación(es) condicional(es). La condición, hecho futuro e incierto, es un elemento habitualmente *accidental*, que las partes agregan voluntariamente al acto jurídico que celebran y al cual supeditan el nacimiento o la extinción de una o más obligaciones.¹³³ La contingencia de ganancia o de pérdida que también implica futureidad e incertidumbre es un elemento estructural de la *esencia* de los contratos aleatorios, que no puede ser eliminado por las partes que deciden celebrar un acto integrante de esta categoría.

Al albur quedan supeditados en el contrato aleatorio no la existencia o inexistencia de obligaciones, como ocurre con la condición, sino que los resultados económicos, es decir, la mayor o menor utilidad o provecho. En un ejemplo: si convengo con Pedro en la venta de un vehículo que especificamos, en tal precio, siempre y cuando él se gradúe dentro del año próximo, se trata de una compraventa condicional. Del hecho incierto, su oportuna graduación, depende el nacimiento mismo de las obligaciones. En cambio, si convengo con Pedro en pasarle una renta mensual en dinero durante el resto de su vida y él me paga por el derecho a percibirla una determinada colección de óleos, tratase de un contrato aleatorio de renta vitalicia. Del hecho incierto, la fecha del fallecimiento de Pedro, depende no el nacimiento de mi obligación, sino que su duración y por tanto su envergadura económica.

Empero, hay casos en que existe gran analogía entre contrato condicional y contrato aleatorio, lo que acontece cuando del albur depende ya no la extensión de lo que a una parte corres-

¹³³ Excepcionalmente la condición no es una cosa accidental, sino que *de la naturaleza* (v. gr., la condición resolutoria tácita en los contratos bilaterales), o incluso *de la esencia* del acto (v. gr., la condición y/o el plazo que debe contener el contrato de promesa, a fin de fijar la época en que se celebrará el contrato definitivo; la condición en la propiedad fiduciaria).

ponde pagar, sino que si tiene o no tiene que pagar, vale decir, si hay o no obligación. Así ocurre, por ejemplo, en los contratos de seguro contra incendio, pues del siniestro, hecho futuro e incierto, no sólo depende cuánto tenga que pagar la sociedad aseguradora, sino que si nace la obligación de indemnizar.

La mayoría de los contratos onerosos son conmutativos: arrendamiento, mutuo con interés, permuta, etc. De los contratos onerosos aleatorios trata el Código Civil en el Título XXXIII del Libro IV. El artículo 2258 menciona entre los contratos aleatorios: el seguro, la renta vitalicia, el censo vitalicio, el juego, la apuesta. Hay otros que tienen tal carácter, v. gr., la venta de derechos litigiosos, especialmente cuando el legislador priva al demandado del beneficio del rescate o retracto litigioso frente al comprador-cesionario que obtenga en el pleito (artículo 1913, Código Civil).

Cabe anotar que los cálculos actuariales, las estadísticas y la computación empleados por las empresas de seguros en el ofrecimiento masivo de las pólizas a los consumidores y en el manejo de sus negocios, redundan en que el seguro haya dejado de ser para ellas un contrato aleatorio. Si se añade a lo anterior la técnica del reaseguro, normalmente se advierte que las sociedades anónimas aseguradoras *a priori* están en situación de pronosticar las ganancias que reportarán de los contratos de seguros. Para ellas, entonces, el seguro suele ser contrato conmutativo, conservando naturaleza aleatoria únicamente para los consumidores. Este enfoque o doble carácter del contrato de seguro, por cierto que sólo se compadece con un análisis de conjunto del negocio de los seguros. Individualmente considerado, cada contrato de seguro sigue siendo aleatorio, incluso para el asegurador. Por lo demás, igual análisis puede efectuarse respecto a los juegos de azar masivos, que leyes especiales autorizan en casinos e hipódromos. *↳ en contra, PAEZA, los Seguros.*

Hay contratos que, según las circunstancias, pueden revestir carácter conmutativo o aleatorio. Es el caso de la *compraventa de cosas que no existen, pero se espera que existan*. A la luz de los artículos 1461 y 1813 del Código Civil, si nada agregan las partes, por ejemplo al estipular la compraventa de todas las crías que produzca tal hembra en el lapso que se indica, se entiende que el contrato es condicional y conmutativo. La condición

consiste en que alguna cría nazca del animal dentro del plazo convenido, de tal modo que si no se produce fruto alguno habrá fallado la condición. En cambio, si las partes expresan que lo que se compra es la suerte o esto se colige de las circunstancias concretas de la especie, entonces el mismo contrato de compraventa es puro y simple, pero aleatorio.

En cuanto a la trascendencia de la subclasificación de los contratos onerosos en conmutativos y aleatorios, hay dos instituciones jurídicas que únicamente reciben aplicación tratándose de los primeros. Tales son la lesión enorme y la doctrina de la imprevisión.¹³⁴

Algunos contratos civiles conmutativos pueden padecer del exceso de la lesión enorme, siendo entonces procedente que la parte afectada, según los casos, solicite la nulidad relativa del acto jurídico o la reducción de la prestación excesiva.¹³⁵

La doctrina de la imprevisión permite, en caso de ruptura de la economía de la convención, en razón de un cambio imprevisto de las circunstancias externas, que el juez revise o modifique el contrato conmutativo a fin de evitar la ruina de una de las partes. Además de la *revisión judicial*, que en Chile podría fundarse en varios argumentos y textos legales, por ejemplo, en el principio de la buena fe objetiva consagrado en el ar-

¹³⁴ En el Derecho comparado, excepcionalmente se ha admitido que un contrato aleatorio pueda rescindirse por lesión enorme. Así lo han fallado los tribunales franceses respecto a una renta vitalicia en pago del inmueble recibido por el deudor, cuando la renta periódica estipulada era más baja que la renta normal de arrendamiento. Si bien la primera sala civil de la Corte de casación, el 7 de octubre de 1957, pronunció la nulidad del contrato aleatorio en razón del vicio de lesión enorme, la doctrina gala ha dicho que más bien había nulidad en razón del objeto: el vil precio equivale a falta de precio. Frente a nuestro artículo 2268, en Chile una situación similar jamás daría lugar a lesión.

¹³⁵ En el régimen chileno, muy restrictivo de la lesión enorme, los únicos contratos en que puede presentarse el vicio son: la compraventa de bienes raíces (arts. 1888 y siguientes del Código Civil), la permuta (art. 1900), el mutuo con interés (art. 2206 y Ley Nº 18.010), el depósito irregular (art. 2221 y Ley Nº 18.010), la anticresis (art. 2443). Cabe agregar la partición, con frecuencia asimilada a un contrato (art. 1348), y las tres situaciones de lesión en la cláusula penal (art. 1544). El único acto típicamente unilateral en que cabe la lesión enorme es la aceptación de las asignaciones hereditarias (art. 1234). En los contratos mercantiles nunca puede existir lesión enorme (art. 126 del Código de Comercio).

título 1546 del Código Civil, en Derecho comparado la imprevisión conduce a otro remedio o solución alternativa, a saber, la *resolución por excesiva onerosidad sobrevenida*.¹³⁶

Respecto a los contratos aleatorios, a menudo los autores dicen que serían mirados con mala voluntad por el legislador o que no darían acción al acreedor para exigir el cumplimiento de las respectivas obligaciones. Sin embargo, estas características no son comunes a los contratos aleatorios en general, sino que peculiares a dos especies de los mismos: el juego y la apuesta.¹³⁷

23. CONTRATOS PRINCIPALES Y ACCESORIOS

El artículo 1442 del Código Civil señala: "*El Contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no puede subsistir sin ella*".

Distingue el Código los *contratos principales*, que son los contratos independientes o autónomos, que se bastan a sí mismos pues no precisan de uno diverso, y los *contratos accesorios*, que, en cambio, presuponen otra obligación, cualquiera sea la fuente de la cual ésta emane.

Puede ocurrir, entonces, que el contrato accesorio no dependa precisamente de otro contrato, sino que de una obligación extracontractual, derivada de la ley o de un cuasicontrato o de un delito o cuasidelito civiles.

A vía de ejemplo, son contratos principales la compraventa, el arrendamiento, el depósito y el comodato. Son contratos accesorios, *cauciones* según la terminología del artículo 46 del Código, la hipoteca, la prenda, la anticresis, la fianza.

¹³⁶ Sobre la teoría de la imprevisión, cfr. nuestro trabajo "Problemas Actuales en el Derecho de los Contratos", en *Estudios de Derecho Civil en Memoria del profesor Victorio Pescio*, Edeval, Valparaíso, 1976, especialmente págs. 66 a 72 y 99 a 107. También *infra*, N^o 48 y 49.

¹³⁷ Como bibliografía especial en la clasificación recién expuesta, ver el trabajo de François Grua, *Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs*. En *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N^o 2, 1983, Ed. Sirey, París, págs. 263 a 287.

Las cauciones se subclasifican en reales y personales. En las primeras, con una cosa determinada se asegura al acreedor que se le pagará íntegra y oportunamente la obligación principal. En el contrato de prenda, esta cosa es un bien mueble. En la hipoteca y en la anticresis, un bien inmueble. En cambio, en las cauciones personales, en lugar de garantizarse el pago de la obligación principal con un determinado objeto, un nuevo sujeto (v. gr., el fiador) se compromete a cumplir dicha obligación si el deudor principal no lo hace, y a este efecto él responde en general con todos sus bienes.¹³⁸

En Chile es de la esencia del contrato accesorio garantizar el cumplimiento de otra obligación. Por eso, los *contratos dependientes* no son contratos accesorios. Denominase dependientes a ciertos contratos que están supeditados a otra convención, pero sin garantizar su cumplimiento. El caso más característico es el contrato de capitulaciones matrimoniales, dependiente del matrimonio (artículos 1715 y 1716 C. Civil). Otro ejemplo es el del contrato de novación que, en cuanto genera una nueva obligación, depende de la convención coetánea que extingue la antigua obligación (artículos 1628 y 1630 Código Civil).¹³⁹

El interés fundamental de la clasificación de los contratos en principales y en accesorios reside en las aplicaciones del apotagma jurídico "*lo accesorio sigue la suerte de lo principal*".¹⁴⁰ Así, por ejemplo, extinguida la obligación principal, se extinguen también el contrato accesorio y todas las obligaciones producidas por el último. Es lo que disponen los artículos 2381 N^o 3 y 2434 del Código Civil respecto a la extinción de los contratos de fianza y de hipoteca. Así, cedido el crédito principal por acto entre vivos o transmitido por sucesión mortis causa, pasan también al causahabiente (cesionario o asignatario por causa de muerte)

¹³⁸ El contrato principal y el contrato accesorio con frecuencia se extienden en un mismo instrumento (v. gr., escritura pública de mutuo hipotecario). Casi nunca la solidaridad pasiva se pacta en instrumento separado.

¹³⁹ Es posible refutar el carácter dependiente del contrato de novación sosteniendo que éste es un acto jurídico unitario y no un acto doble. Acto único que, simultáneamente, extingue la obligación preexistente y crea la nueva obligación.

¹⁴⁰ Cfr. sobre el particular, el excelente libro del profesor Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé*. L.G.D.J., París, 1969.

los derechos que tenía el causante en virtud de contratos accesorios o cauciones. Así, extinguida la acción de la obligación principal por prescripción, se extingue por este mismo modo la acción que procede de la obligación creada por el contrato accesorio (artículo 2516 del Código Civil).

En detrimento de la lógica formal, el Derecho acepta por razones prácticas, más relevantes que ésa, que lo accesorio tenga nacimiento antes que lo principal. El contrato accesorio a veces puede legalmente celebrarse, a pesar de que la obligación principal todavía no existe. Es lo que se conoce con el nombre de *cláusula de garantía general*. Los artículos 2339-2 y 2413-3 del Código expresamente admiten la validez de la cláusula de garantía general en la fianza y en la hipoteca. Es decir, que estos contratos accesorios pueden celebrarse para caucionar obligaciones principales futuras, que aún no existen o que no es seguro que vayan a existir o cuyo monto es indeterminado.¹⁴¹

24. CONTRATOS CONSENSUALES, SOLEMNES Y REALES

El artículo 1443 sirve de base a la última clasificación de los contratos que el Código Civil chileno formula expresamente: *El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne, cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual, cuando se perfecciona por el solo consentimiento.*

¹⁴¹ En el contrato accesorio de prenda, la cláusula de garantía general es ineficaz. Si la prenda es mercantil, a esta conclusión conduce el art. 815 N° 2 del Código de Comercio. Diversas razones sustentan la misma conclusión, en el caso que la prenda sea un contrato civil. Cfr., sobre este particular, nuestro *Informe sobre contrato de línea de crédito. Cláusula de garantía general prendaria. Distinción entre contratos civiles y contratos mercantiles*. Publicado en *Revista de Derecho, Ediciones Universitarias de Valparaíso*, N° IV, 1980, pág. 121. También en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 79, 1982, primera parte, págs. 39 y s. En sentido opuesto al mayoritario (que postula la validez de la cláusula de garantía general hipotecaria), cfr. el trabajo del profesor José Joaquín Ugarte, publicado en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, N° 3, año 1991, primera parte, págs. 81 a 112.

Esta clasificación dice relación con el momento del nacimiento o formación de los contratos y con los requisitos que hay que cumplir en ese instante. El consentimiento de las partes es requisito *sine qua non* de todo contrato. Se denomina *consensuales* a los contratos para cuya formación basta el consentimiento de las partes, sin que sea preciso cumplir con formalidades *ad solemnitatem*, ni entregar la cosa materia del contrato. En los contratos solemnes, en cambio, es indispensable que el consentimiento se exprese cumpliendo con la formalidad objetiva preestablecida por la ley. Y en los contratos reales el consentimiento debe ir aparejado a la *datio rei*, es decir, a la entrega de la cosa (coetáneamente al nacimiento del contrato).

Siguiendo a mi maestro Jacques Flour, profesor que fuera de la Universidad de París, pienso que no hay que ser excesivamente sutil ni caer en la tentación de afirmar que todo sistema jurídico implica un formalismo irreductible consistente en la *exteriorización de la voluntad*, en el tránsito de la voluntad como realidad psicológica a la voluntad como fenómeno sensible.¹⁴² La verdad es que mientras sea libre la manera como se exteriorice la voluntad, seguimos en el campo del contrato consensual. El formalismo sólo aparece cuando la voluntad de las partes debe necesariamente quedar envuelta en alguna ritualidad estricta, de tal modo que si no se cumple con ésta, la manifestación de voluntad es jurídicamente ineficaz, en uno u otro grado, según el caso.¹⁴³

En nuestros códigos, imbuidos del dogma de la autonomía de la voluntad, el contrato consensual lógicamente aparece como la regla general; pues si la voluntad tiene el poder de generar derechos y obligaciones, fijando la medida o alcance de los

¹⁴² En el sentido opuesto, cfr. Messineo, ob. cit., en nota 44, pág. 143. *Ibidem* Hans Kelsen, *La théorie juridique de la convention*. En *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*. Número especial, Ed. Sirey, París, 1940, pág. 38, donde a propósito de la formación de las convenciones se lee: "...la técnica del derecho hace indispensable alguna exteriorización de la voluntad, un mínimo de formalismo es inevitable".

¹⁴³ J. Flour, *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme*. En la obra colectiva en homenaje a Ripert, *Le Droit privé français au milieu du XX siècle*, tomo 1, 1950, pág. 93.

mismos, no es posible, sin contradicción, exigirle a esa misma voluntad que tenga que acatar o que se vierta a través de ritos o formas determinadas.

El principio del consensualismo se degrada toda vez que se exigen formalidades en la celebración del contrato y no sólo en los casos de los contratos reales y solemnes. Al margen de las formalidades típicas del contrato real (la *datio rei*) y del contrato solemne (la exigencia legal preestablecida en atención a la naturaleza del acto), hay varias otras especies de formalidades (de prueba, de publicidad, habilitantes y convencionales), las cuales también representan un deterioro de la idea según la cual bastaría el acuerdo desnudo de las voluntades de las partes para vincularlas.¹⁴⁴

Según el Código Civil chileno, los contratos que no requieren la entrega de la cosa (reales) ni el cumplimiento de una formalidad objetiva (solemnes), son consensuales. La paradoja radica en que, con suma frecuencia en nuestro país, el contrato consensual es un contrato formal, pues deben cumplirse para celebrarlo otras formalidades (*ad probationem*, de publicidad, habilitantes). Acorde a nuestro Derecho positivo un contrato consensual puede ser y es a menudo un contrato formal. Más adelante veremos cómo, en Chile, los contratos consensuales se subclasifican en propiamente consensuales y en consensuales-formales.¹⁴⁵

En Chile la mayoría de los contratos son consensuales; por ejemplo, la compraventa de bienes muebles,¹⁴⁶ el arrendamiento, el mandato, la fianza civil, la transacción.

Son solemnes¹⁴⁷ los contratos que precisan cumplir con una solemnidad objetiva, también denominada *ad solemnitatem* o *ad substantiam*, exigida por el legislador en atención a la naturale-

¹⁴⁴ Cfr., *infra*, respecto al principio del consensualismo y su deterioro a través de los diversos grupos de formalidades, N° 42.

¹⁴⁵ Véase *infra* N° 41.

¹⁴⁶ (Salvo que esta compraventa se celebre a plazo y conforme a la Ley N° 4.702, pues entonces es solemne.)

¹⁴⁷ Sobre contratos solemnes, cfr., el libro de Marie-Antoinette Guerriero, *L'Acte Juridique solennel*, premiado con medalla de oro por la Academia de Legislación Francesa, L.G.D.J., París, 1975, 520 pp.

za del acto y no en atención a la situación de las personas intervinientes en el acto (formalidades habilitantes); ni en atención a los intereses de terceros (formalidades de publicidad); ni a las exigencias de prueba (formalidades de prueba); ni al pacto de los propios contratantes (formalidades convencionales). El incumplimiento de una formalidad *ad solemnitatem* se sanciona con la nulidad absoluta del contrato, en conformidad al artículo 1682 del Código (mientras que el incumplimiento de las demás formalidades tiene otras sanciones, diversas a la nulidad absoluta).

Las formalidades objetivas o *ad solemnitatem* específicas varían según el contrato solemne de que se trate. A veces la exigencia legal consiste en *escribir* el acto, ora en escritura pública (compraventa, permuta, donación de bienes raíces, hipoteca, renta vitalicia, etc. Fuera de estos ejemplos tomados del Código Civil, hay otros en que la exigencia de la escritura pública deriva de leyes especiales. Así, los contratos cuyo objeto sea la propiedad industrial, acorde al artículo 14 de la Ley N° 19.039, de 1991. Así, el leasing habitacional, conforme al artículo 26 de la Ley N° 19.281, modificado por la Ley N° 19.401). Ora en escritura privada (contrato de promesa de celebrar un contrato, contrato de fianza mercantil, contrato de compromiso, contrato de prenda de acciones en favor de un banco, según el artículo 3° de la Ley N° 4.287, etc.). Aunque el legislador se conforma en estos últimos casos con recabar un instrumento privado, por regla general la conveniencia de las partes es otorgar el contrato por escritura pública, preconstituyendo de esta manera el título ejecutivo (434 N° 2 del Código de Procedimiento Civil). Otras veces las formalidades *ad solemnitatem* consisten en una *autorización* o en una *aprobación judicial* del contrato (insinuación del contrato de donación entre vivos; aprobación del contrato de transacción sobre alimentos futuros debidos por ley, acorde artículos 1401 y 2451 del Código Civil). En el caso del matrimonio, definido como contrato solemne en el artículo 102 del Código, las formalidades objetivas consisten en la intervención en el acto de un Oficial del Registro Civil competente y de dos testigos hábiles. En el caso de las capitulaciones matrimoniales, reguladas por el inicio del artículo 1716 del Código, fuera de la escritura pública se precisa *subinscrip-*

ción en el Registro Civil, también como solemnidad de la convención. Lo mismo vale para el pacto regulado por el artículo 1723 del Código Civil, sustituido por la Ley N° 19.335, del año 1994.

Según una postura doctrinal, que no compartimos, la inscripción en el Registro Conservatorio de Bienes Raíces sería solemnidad objetiva suplementaria (fuera de la escritura pública) tratándose de los contratos de hipoteca, de donación de inmuebles y de constitución por acto entre vivos de un usufructo o de un fideicomiso sobre bienes raíces. Aunque tal opinión cuenta en su favor con el tenor literal de los artículos 2410, 1400, 767 y 735 —respectivamente— del Código Civil, estimamos que, en los cuatro casos, la inscripción conservatoria no es requisito de formación de los contratos (para lo cual es suficiente la escritura pública exigida por la ley), sino que sirve para operar el cumplimiento de ellos. Este cumplimiento o inscripción de los contratos se confunde con la tradición, en cuya virtud el adquirente deviene titular de un derecho real (o al menos poseedor de la cosa). El acreedor hipotecario, con la inscripción conservatoria adquiere el derecho real de hipoteca; el donatario, el derecho de dominio; el usufructuario, el derecho real de usufructo; el fiduciario, la propiedad fiduciaria. La postura doctrinal, lo mismo que nuestro disenso, puede también formularse a propósito de la constitución del censo (artículo 2027 del Código Civil).

Son contratos reales aquellos para cuya formación se exige la entrega de la cosa sobre la que versa el acto jurídico. Sin esta entrega no hay contrato. No debe confundirse esta entrega, integrante de la fase de nacimiento de los contratos reales, con la entrega de la cosa que en otros numerosos contratos integra la fase de cumplimiento. Por ejemplo, el arrendador debe entregar la cosa arrendada al locatario y el vendedor debe entregar la cosa vendida al comprador. Empero, ni el arrendamiento ni la compraventa son contratos reales, pues estas entregas forman parte del cumplimiento o ejecución y no del nacimiento o formación del acto jurídico.

Lo que caracteriza esencialmente al contrato real es la imprescindible entrega, con la cual nace el contrato. Quien entrega la cosa se constituye en acreedor de una típica obligación

restitutoria.¹⁴⁸ Quien recibe la cosa es el deudor de esta obligación. Tratándose del depósito, del comodato, de la prenda civil y de la anticresis, la entrega de la cosa se efectúa en mera tenencia a quien la recibe, y, por lo tanto, lo que debe restituir el deudor es el mismo cuerpo cierto. Por el contrario, en el caso del contrato de mutuo o préstamo de consumo, que es un título traslativo del dominio, quien la recibe pasa a ser poseedor, quedando obligado a restituir otro tanto del mismo género y calidad. De este modo, la expresión del artículo 1443 del Código, en el sentido de que el contrato real para ser perfecto necesita la tradición de la cosa a que se refiere, exclusivamente es exacta en el caso particular del mutuo. En los demás contratos reales, como la entrega tiene lugar conservándose, por quien se desprende del *corpus* o tenencia de la cosa, el ánimo de señor y dueño, naturalmente que no existe tradición en sentido estricto.

El contrato real es de origen romano. Se atribuye a Justiniano el haber precisado las cuatro figuras tradicionales que integran la categoría, o sea, los contratos de depósito, comodato, prenda civil y mutuo. Estos contratos mantienen en la actualidad el carácter de reales, sumándose a ellos la anticresis.¹⁴⁹

Existe una corriente doctrinaria contemporánea que postula la supresión de los contratos reales. Como se sabe, éstos además son unilaterales: sólo engendran la obligación restitutoria, a cargo de quien recibió la cosa. Se propone, entonces, transformar los contratos reales unilaterales, en contratos consensuales bilaterales.^{149 bis} Así la entrega o *datio rei* dejaría de pertenecer a la fase de formación del contrato, irguiéndose en

¹⁴⁸ Sobre el importante concepto "obligación restitutoria", cfr., el capítulo primero del libro de Mauricio Castelblanco Koch, *Las obligaciones restitutorias del Código Civil y la inflación*. Edit. Jurídica de Chile, 1979. La Ley N° 19.335, del año 1994, al regular la institución de los bienes familiares, en su artículo 143-2, expresamente se refiere a las obligaciones restitutorias.

¹⁴⁹ En conformidad al artículo 2269 del Código Civil, el contrato de renta vitalicia, simultáneamente sería solemne (pues precisa escritura pública) y real (ya que no se perfecciona sino por la entrega del precio).

^{149 bis} Salvo la anticresis que, por recaer sobre un inmueble, pasaría a ser un contrato solemne bilateral.

el primer acto de cumplimiento o ejecución del mismo. Rompiendo esta corriente, el profesor Jacques Ghestin¹⁵⁰ ha demostrado que la longevidad de los contratos reales no es un mero conservadurismo jurídico. En palabras suyas y de su compatriota Carbonnier: lo que en verdad pertenece al pasado es la hostilidad a la teoría del contrato real; dicha hostilidad pudo comprenderse en la época en que el individuo fue considerado rey, a través del consensualismo y de la autonomía de la voluntad, mas no hoy, cuando tales concepciones están en decadencia. La categoría del contrato real responde a una concepción menos intelectual, pero mucho más concreta y por lo mismo más verdadera, de las relaciones contractuales. La *datio rei* es un elemento material sensible, útil para precisar el nacimiento del contrato, y no un mero arcaísmo. Ello explica la mantención de los contratos reales en los Códigos recientes, como en el italiano de 1942, y en el Código Civil del Canadá francés, en vigor desde el 1º de enero de 1994 (art. 2281 respecto del depósito; 2313 respecto del comodato; 2314 respecto del mutuo). En el Derecho alemán, el préstamo de consumo sigue siendo contrato real.

Al terminar estas explicaciones sobre el contrato real, dos precisiones son convenientes. La primera, a fuer de elemental acaso pueda sacar de su confusión a algún estudiante: nada tienen que ver los conceptos "contrato real" y "derecho real". La segunda concierne a una clasificación foránea, que separa los *contratos con efectos reales de los contratos con efectos personales*. Hay países, como Italia y Francia, que, apartándose de la tradición romana, omiten distinguir en sus Derechos el título traslativo del dominio del modo de adquirir llamado tradición. En ellos, entonces, es posible que se opere la adquisición de la propiedad por el solo efecto de algunos contratos. A éstos se les conoce como contratos con *efectos reales*. Así, por ejemplo, el simple consentimiento de vendedor y comprador, en esos países, aunque no se haya entregado la cosa, basta para que el comprador de una especie mueble se haga dueño de ella. En

Chile no existen los contratos con efectos reales; todos los contratos exclusivamente tienen efectos personales. Para que en Chile se incorpore al patrimonio de alguien un derecho real, es siempre necesario que intervenga la tradición u otro modo de adquirir.

¹⁵⁰ En su libro *Les Obligations. Le Contrat*. L.G.D.J., París, 1980, N° 342.

OTRAS CLASIFICACIONES DE LOS CONTRATOS

25. CONTRATOS NOMINADOS O TIPICOS Y CONTRATOS INNOMINADOS O ATIPICOS

Se denomina contratos nominados o típicos a los que han sido expresamente reglamentados por el legislador en códigos o en leyes especiales; e innominados o atípicos a los que no lo han sido. Es más acertado, atendiendo a este criterio, simplemente clasificar los contratos en típicos y atípicos, ya que las expresiones nominados e innominados, desde un punto de vista semántico, significan con un nombre o sin él. Ahora bien, hay contratos dotados de algún nombre, consagrado por el repetido empleo, y que sin embargo son atípicos, puesto que carecen de reglamentación legal particular. Es el caso, por ejemplo, de los contratos de mudanza, de hospitalización, de talaje, de cuotalitis o iguala,^{150 bis} de hospedaje, de opción, de colaboración empresaria (en particular el *joint venture*), de leasing ordinario,¹⁵¹ etc. Sería preferible, por lo tanto, abandonar la terminología contratos nominados e innominados, restringiendo esta clasificación a la separación de los contratos en típicos y atípicos.

^{150 bis} Cfr., la Memoria de Prueba, con calificación sobresaliente, de Renato Maino Schiavetti, *El Contrato de iguala*, U. de Chile, Santiago, 1939.

¹⁵¹ El leasing habitacional fue regulado en la Ley N° 19.281, de 1991, modificada por la Ley N° 19.401 (Diario Oficial del 28 de agosto de 1995), siendo por lo mismo un contrato típico, de arrendamiento de vivienda con promesa de compraventa.

El Código Civil chileno, sin formular expresamente esta clasificación como lo hacía el Proyecto de 1853, ha tipificado numerosos contratos, como la compraventa, el arrendamiento, la hipoteca, la transacción. Lo mismo vale para el Código de Comercio, v. gr., contratos de seguro, cuenta corriente, fletamento;¹⁵² y para diversas leyes especiales: por ejemplo, la Ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual, reglamentó el contrato de edición; la Ley N° 18.112 reglamentó el contrato de prenda sin desplazamiento sobre bienes muebles; la Ley N° 18.248 reglamentó varios contratos de la minería, como las sociedades mineras y el avío; los Decretos Leyes N°s 1.089 y 1.820 reglamentaron los contratos de operación petrolera, por los cuales un contratista se obliga a explorar y/o explotar yacimientos de hidrocarburos.

Pero es evidente que las partes interesadas pueden celebrar contratos no regulados por el legislador, que ellas moldearán en función de sus intereses en juego. La autonomía de la voluntad subsiste en suficiente medida, como para que su derivado, el principio de la libertad contractual, permita a los cocontratantes que, en conjunto, den a luz contratos no previstos ni normados de antemano por el legislador. La Corte Suprema muchas veces ha reconocido esta situación, que desemboca directamente en el contrato atípico,¹⁵³ y cuya única

¹⁵² Un contrato determinado, como la compraventa, la fianza, el mandato, etc., puede ser en Chile o contrato comercial o contrato civil. Para ello se atiende, preferentemente, a la calidad de las personas que lo celebran (comerciante o no) y a la enumeración de los actos mercantiles efectuada por el art. 3° del Código de Comercio, con especial referencia al N° 1, inciso 2°, de este precepto. También puede ocurrir que un contrato tenga *doble carácter*, siendo civil para una de las partes y comercial para la otra. Salvo en lo concerniente a las empresas constructoras (art. 3°, N° 20), los contratos sobre inmuebles siempre son civiles. Respecto a la calificación del contrato real de prenda, como civil o comercial y, en general sobre esta última distinción, cfr., nuestro informe precitado en nota 141.

¹⁵³ En sentencia de 28 diciembre 1921, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 21, sec. 1ª, pág. 391 (reiterada en otras posteriores, v. gr., 14 enero 1947), nuestro más alto Tribunal expresó: los códigos no legislan sobre los muchos y diversos contratos a que puede dar vida jurídica el interés y las necesidades de las personas en sus múltiples relaciones de todo orden y los que se obligan por ellos no están obligados a referir sus estipulaciones a alguna clase determinada. Dentro del principio de la libertad de las convenciones nada hay que se oponga al

limitación es el respeto de las exigencias comunes a todo los actos jurídicos, en especial la licitud del objeto y de la causa.

La doctrina extranjera clasifica los contratos atípicos desde varios puntos de vista.¹⁵⁴ Aquí nos limitaremos a distinguir los contratos atípicos *propriadamente tales* de los contratos atípicos *mixtos* o *complejos*. Los primeros son contratos inéditos, en el sentido de que en nada o casi nada corresponden a los regulados por el legislador en códigos o leyes especiales. Los segundos son una combinación de dos o más contratos reglamentados en la ley.

Son contratos atípicos propiadamente tales, por ejemplo, el contrato de tiempo compartido para el acceso a inmuebles en zonas turísticas o de recreo, los contratos informáticos y numerosos contratos bancarios,¹⁵⁵ el *franchising*,¹⁵⁶ el *know-how* y el

valor y eficacia de los que revisten la condición de innominados mientras no pugnen con los preceptos jurídicos de orden público, que corresponden a los actos y declaraciones de voluntad y a las prescripciones generales que reglan toda clase de contratos (considerando 22, fallo de casación). En esta misma sentencia se calificó como innominado el contrato por el cual se cede a otra persona, por un precio determinado, el derecho de explotar por tiempo indefinido el carbón que existe en el fundo del cedente. Otro caso muy interesante sobre contrato atípico, fallado en Chile, es *Mandiola con Mandiola*, cfr., *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 7, sec. 1ª, pág. 5.

¹⁵⁴ Cfr., por ejemplo, Jaime Santos Briz, *La contratación privada. Sus problemas en el tráfico moderno*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1966, pág. 85. F. Castro Lucini, *Los negocios jurídicos atípicos*. En *Revista Española de Derecho Notarial*, 2º semestre, 1974. Luis Diez Picazo distingue entre contratos atípicos mixtos, coligados y complejos. Ver en el libro de materiales del profesor peruano Carlos Cárdenas (págs. 397 a 489), identificado más abajo en la nota 218 el trabajo de Diez Picazo y Ponce de León, y varios otros de reciente data, sobre contratos atípicos.

¹⁵⁵ Cfr., Juan M. Farina, *Contratos Comerciales Modernos*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1993, N°s 506 y s. Al margen de los contratos informáticos, en este libro se exponen otras numerosas figuras atípicas novísimas. Cabe indicar que el derecho bancario es rico en contratos atípicos de reciente aparición. Sobre esta materia la bibliografía extranjera es abundante. Fuera de la obra clásica de Joaquín Garrigués, *Contratos Bancarios*, 2ª ed., Madrid, 1975, puede aquí mencionarse el libro de Hildebrando Leal Pérez, *Contratos Bancarios*, Bogotá, 1990, y la obra colectiva *Contratos Bancarios*, correspondiente a un Curso Superior de Contratación Bancaria, Ed. Civitas, Madrid, 1992. Sobre contratos bancarios, véanse también las publicaciones del profesor chileno Ricardo Sandoval López, en particular "Nuevas operaciones bancarias y financieras", en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*,

engineering.¹⁵⁷ Son en cambio, contratos mixtos o complejos, v. gr., el contrato de hotelería u hospedaje que, simplificando las cosas, es una mezcla de arrendamiento del goce de un recinto (habitación para el alojamiento), de arrendamiento de servicios materiales (el aseo, la alimentación) y de depósito (del equipaje). Así, el contrato de coche-cama es un contrato de transporte por ferrocarril a larga distancia, al que va unido el hospedaje en un pequeño dormitorio dispuesto especialmente en un vagón del tren. Así, el *leasing*¹⁵⁸ con frecuencia se analiza como un arrendamiento con promesa u opción de compra.

Nº 197, enero-julio 1995, págs. 188 y s., y su libro *Derecho Comercial*, tomo IV (Operaciones Mercantiles), Edit. Jurídica de Chile, 1994, en el cual trata, entre otros, los contratos de tarjeta de crédito bancaria, el *factoring*, el *underwriting* y el *leasing*.

¹⁵⁶ Sobre contratos de distribución de bienes y de servicios, en particular respecto a la técnica del *franchising*, ver la Memoria de Prueba de Sonia Maldonado Calderón, en la cual por primera vez se expuso esta materia contractual en Chile, además relacionándola con la legislación protectora de la libre competencia: *La comercialización de productos y servicios a través del contrato de franchising*, Universidad Católica de Valparaíso, 1983. Ver también el libro de la profesora Sonia Maldonado, *Contrato de Franchising*, Editorial Jurídica de Chile, 1994.

¹⁵⁷ Sobre el contrato de *know-how*, cuya gigantesca aplicación en el mundo industrial en los últimos años está relegando a segundo plano a los regímenes tradicionales de patentes o propiedad industrial, menciono como bibliografía elemental el libro de J. M. Mousseron, *Le know-how*, editado en Francia, en 1972, por Cahiers de Droit de l'Entreprise. También la obra colectiva *Nouvelles Techniques Contractuelles*, Libraries Techniques, Montpellier, 1970, que corresponde a la versión escrita de las terceras jornadas de actualidades del Derecho de la empresa, celebradas en 1970, en las cuales se hizo hincapié en los contratos de *engineering*, *franchising*, *leasing* y *know-how*. Sobre estos y otros contratos comerciales de reciente desarrollo, en la bibliografía chilena destacan los trabajos del profesor Ricardo Sandoval, precitados en nota 155. Al igual que el libro del profesor Alvaro Puelma Accorsi, *Contratación Comercial Moderna*, Editorial Jurídica de Chile, 1991. Véase, además, el libro de José Luis Bravo Ortiz, *Nuevos Contratos Tecnológicos*. Ed. Cono Sur, Santiago de Chile, 1996.

¹⁵⁸ Sobre el contrato de *leasing*, la bibliografía es vasta. Para circunscribirnos a tres Memorias de Prueba chilenas, mencionaremos: Carlos Carmona Gallo, *Contrato de leasing financiero*, 1979, publicada por la Editorial Jurídica de Chile; María Angélica Olgui Dinator, *La noción del leasing para los efectos de su divulgación en Chile*, 1976; Ricardo Abuaud Dagach, *Principales aspectos tributarios del contrato del leasing*, UCV, 1982. Véanse, además, Antonio Ortúzar Solar, *El Contrato de Leasing*, Editorial Jurídica de Chile, 1990 y Ricardo Sandoval López, libro citado en nota 155.

El contrato atípico, de acuerdo al artículo 1545 del Código Civil, también es una ley para las partes, o sea tiene plena fuerza obligatoria. El contrato atípico no plantea problema particular de obligatoriedad, puesto que respecto al número de los contratos éstos son ilimitados, sin que pueda siquiera imaginarse un *numerus clausus*. El problema de los contratos atípicos es otro: ¿Cómo quedan regulados sus efectos, si las partes no previeron las dificultades sobrevinientes? Vale decir que el problema es determinar la legislación supletiva por la cual se rigen!

Todo contrato se rige por las normas establecidas por el legislador para las Obligaciones (incluidas las normas que conciernen a los actos jurídicos y a los contratos en general). Frente a las controversias específicas que engendran los contratos, dichas normas suelen ser insuficientes. Los contratos típicos se rigen además por las reglas particulares que configuran la reglamentación legislativa de cada uno de ellos. En estas reglas particulares, si nada diverso han previsto las partes, es habitual que el sentenciador encuentre la norma que, aplicada a los hechos, le permitirá dirimir la controversia.

La dificultad se presenta en los contratos atípicos, si las partes no han sido previsoras, estableciendo reglas de creación autónoma para las controversias que después acaezcan, pues la ausencia de reglamentación legal particular conduce a un limbo. No hay norma, ni legal ni contractual, que resuelva la dificultad. El criterio que se ha impuesto para superar este inconveniente es el de la asimilación del contrato atípico al contrato o contratos típicos más parecidos, a fin de aplicarle al primero las reglas legales de los últimos.

Esta asimilación o encasillamiento del contrato atípico en uno o más contratos típicos es una operación que se reduce a *calificarlo*. La calificación de un contrato consiste en establecer su naturaleza jurídica, encuadrándolo en alguno de los tipos definidos por la ley, sobre la base de la esencia de las circunstancias que configuran el contrato, prescindiendo de la denominación que las partes hayan empleado. La calificación de los contratos es una cuestión de derecho, de manera que, a diferencia de las cuestiones de hecho, la Corte Suprema puede revisarla por la vía del recurso de casación en el fondo. Al menos como regla general, la calificación de un contrato presupone que sea interpreta-

do, fijándose, en países como el nuestro, la intención de las partes contratantes.

La principal importancia de la calificación de un contrato reside en que por ella se determina la legislación supletoria o supletiva de la voluntad de las partes, que deberá aplicarse a todo lo no previsto por los contratantes. En el caso del contrato atípico, asimilado éste al o a los contratos típicos que más se le asemejen, en definitiva la normativa supletoria resultará de los modelos reglados *a priori* por el legislador.

Si la equidad y la analogía son los dos elementos clásicos que sirven para integrar o zanjar las lagunas del Derecho, en el estado actual de la elaboración chilena en torno al contrato atípico, tanto doctrinal como jurisprudencial, parecería que la primera es enteramente desplazada por la segunda. Las lagunas contractuales en los contratos atípicos, se dirimen recurriendo a las normas de los contratos más parecidos, es decir, por analogía.¹⁵⁹

Pero no siempre un determinado contrato atípico tendrá idéntica calificación. Es lo que acontece con las *convenciones pro-teiformes* o multiformes, por ejemplo las celebradas entre un médico y su paciente. Como bien expresa el profesor Vicente Acosta Ramírez, "dada la multiplicidad de hipótesis que pueden surgir en las vinculaciones entre facultativo y paciente, cada situación examinada en relación con sí misma podrá ser un mandato, un arrendamiento de servicio, un arrendamiento de obra, o bien un negocio atípico o innominado."¹⁶⁰ En igual sentido se pronuncia el profesor don Eduardo Court Murasso.¹⁶¹

¹⁵⁹ Acaso la equidad juegue también un *papel* real, aunque *oculto*, en la solución de controversias contractuales, por la vía de interpretación del contrato (una cosa es la apariencia y otra la realidad de los fallos). Sobre las relaciones entre interpretación y calificación contractuales y sobre la distinción clásica, aunque muy oscura, entre cuestiones de hecho y de derecho, cfr., nuestra Memoria de Prueba, *Interpretación y calificación de los contratos frente al recurso de casación en el fondo en materia civil*, Editorial Jurídica de Chile, 1966. También sobre estos puntos, *infra*, cuarta parte, capítulo tres.

¹⁶⁰ *De la Responsabilidad Civil Médica*, libro, Editorial Jurídica de Chile, 1990, pág. 101.

¹⁶¹ "Algunas consideraciones sobre la responsabilidad civil médica a la luz de la doctrina y jurisprudencia nacionales". Ponencia presentada en Jornadas de Derecho Privado, Universidad de Concepción, noviembre 1996.

26. CONTRATOS DE EJECUCION INSTANTANEA, DE EJECUCION DIFERIDA Y DE TRACTO SUCESIVO

Contratos de ejecución instantánea o de una sola ejecución son aquellos en los cuales las obligaciones se cumplen apenas se celebra el contrato que las generó. El contrato nace y se extingue simultáneamente, quedando las partes liberadas de inmediato. El ejemplo típico es el del contrato de compraventa de cosa mueble al contado: en el mismo momento de la formación del consentimiento, el vendedor entrega la cosa vendida y el comprador paga el precio estipulado; el cambio se produce *pasando y pasando*. En estos casos, lo normal es que con el pago el contrato quede definitivamente agotado. Pero después pueden surgir problemas, recobrando vigencia la convención, como, por ejemplo, si la cosa vendida es reivindicada por un tercero que se presenta como el verdadero dueño o si la cosa padeciere de vicios ocultos o redhibitorios, ya que sólo entonces se patentiza y cobra todo su interés la obligación de saneamiento a cargo del vendedor.

Contratos de ejecución diferida son aquéllos en los cuales alguna(s) obligación(es) se cumple(n) dentro de un plazo. A veces el plazo es tácito, o sea, viene impuesto por la naturaleza misma de las cosas, ya que la obligación creada por el contrato es imposible que sea pagada al instante mismo de la formación del acto jurídico. Si se celebra un contrato de construcción o un arrendamiento para la confección de una obra material, es obvio que el artífice precisa un plazo, aunque nada se diga. Con más frecuencia, el plazo, del cual depende el momento del cumplimiento, es expresamente pactado por las partes, en calidad de cláusula accidental del contrato.

Contratos de tracto sucesivo o de ejecución sucesiva son aquellos en que los cumplimientos se van escalonando en el tiempo, durante un lapso prolongado. La relación contractual tiene permanencia, a diferencia del contrato de ejecución instantánea, en que la relación contractual es efímera. Ejemplos de estos contratos son el arrendamiento; el contrato de trabajo; el contrato de abastecimiento o suministro; el contrato de licencia para fabricación y distribución de productos, en que el concedente o licenciante es el titular de la propiedad industrial

correspondiente y el concesionario o licenciado paga periódicamente un *royalty* o regalía a la contraparte, etc. En todos estos contratos existe cumplimiento fraccionado de lo debido.

El interés de la clasificación en análisis reside en que la nulidad civil y la resolución de los contratos de ejecución instantánea, lo mismo que en los contratos de ejecución diferida, se producen con efecto retroactivo, volviéndose a la situación en que las partes se encontraban antes de contratar. Es lo que prescriben los artículos 1687 y 1689 del Código Civil, a propósito de la nulidad; y los artículos 1490 y 1491 del mismo Código, a propósito de la resolución. En cambio, en los contratos de tracto sucesivo, como por lo general no es posible borrar los efectos que ya se produjeron (el arrendatario no puede restituir al arrendador el goce de la cosa; el empleador no puede devolver la labor desarrollada por el trabajador), se entiende que, en principio, la nulidad y la resolución o *terminación*¹⁶² de los contratos sólo operan para el futuro, a partir de la fecha en que quede ejecutoriada la correspondiente sentencia declarativa.¹⁶³

Otras trascendencias de esta clasificación las encontramos en materias de riesgos, de teoría de la imprevisión, de resciliación y de caducidad convencional del plazo.

En el ámbito de los riesgos, nuestro Código establece que extinguida la obligación de una parte por caso fortuito, subsiste, sin embargo, la obligación correlativa. Es lo que ordenan los artículos 1550 y 1820, colocando el riesgo a cargo del acreedor. Empero, si el contrato es de tracto sucesivo, la extinción por caso fortuito o fuerza mayor de una obligación, de rebote produce la extinción de la obligación de la contraparte. Por eso el

¹⁶² En los contratos de tracto sucesivo la resolución se llama *terminación*. Es así que ni el Código ni las leyes especiales sobre arrendamiento hablan de resolución de este contrato.

¹⁶³ El Código Civil chileno no dispone expresamente lo recién señalado. De allí que opinemos que la ausencia de efecto retroactivo en los casos de nulidad o de terminación es una *cuestión de especie*, que los jueces del fondo deciden caso por caso. Sólo si el contrato de tracto sucesivo específico del cual se trate impide deshacer lo hecho, podría dejarse de aplicar el artículo 1687 del Código Civil. En otras hipótesis, v. gr., en los contratos de suministro, no obstante la ejecución sucesiva que tuvo lugar, nada impediría que opere el efecto retroactivo de la nulidad y de la resolución.

artículo 1950 dispone que la destrucción total de la cosa arrendada acarrea la expiración del contrato de arrendamiento, de modo que cesan las obligaciones de ambas partes.

En materia de imprevisión, las soluciones o remedios consistentes en la revisión judicial de los contratos en curso y en la resolución por excesiva onerosidad sobrevinida se conciben por la doctrina a propósito de los contratos de tracto sucesivo. Es claro que estos remedios son inoperantes respecto de los contratos de ejecución instantánea. Queda la duda en materia de contratos de ejecución diferida.

Respecto a la resciliación o terminación de los contratos contemplada en el artículo 1567 inciso 1º, tratándose de contratos de tracto sucesivo celebrados por tiempo indefinido, excepcionalmente puede tener lugar por voluntad unilateral de uno solo de los contratantes. Es lo que se conoce como terminación por *désahucio*.

Añadiremos que la caducidad convencional del plazo es otra peculiaridad de los contratos de tracto sucesivo. Al margen de la caducidad del plazo por mandato de la ley (v. gr., artículo 1496 del C. Civil), las partes pueden pactar en un contrato que el precio se pague en cierto número de cuotas mensuales, de tal manera que el incumplimiento o no cancelación oportuna, por ejemplo, de tres de ellas, hará exigible el total de la deuda, como si el plazo estuviese vencido respecto de todas las cuotas. Esta estipulación (llamada cláusula de aceleración) ha sido declarada válida por nuestros tribunales.¹⁶⁴ Es característica en el contrato de compraventa a plazo con prenda sin desplazamiento, reglamentado por la Ley Nº 4.702, cuyo actual artículo 19 prescribe que no podrán estipularse períodos de pago inferiores a un mes, "ni que el acreedor adquiriera el derecho de exigir todo el precio insoluto por la falta de pago de menos de dos parcialidades".

¹⁶⁴ Cfr., por ejemplo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 13, sección 2ª, pág. 30; y tomo 27, sección 1ª, pág. 55. Sobre la caducidad convencional del plazo, ver René Abeliuk, *Las Obligaciones*, Editorial López-Viancos, Santiago, 1971, Nº 473. Fernando Fueyo Laneri, *De las Obligaciones*, vol. 1, 1958, Nº 125, letra c. El art. 105 de la Ley Nº 18.092 admite expresamente la cláusula de aceleración en el pagaré. Existe abundante jurisprudencia reciente de la Corte Suprema sobre cláusulas de aceleración (cfr., números de los meses de febrero de la *Revista Fallos del Mes*).